

KLAGANDE

Crayon AB, 556635-9799

Ombud: Advokat Mats Hansson
IT-Advokaterna i Sverige KB
Katarinavägen 20
116 45 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 19 februari 2016
i mål nr 47-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; nu fråga om ogiltigförklaring av avtal

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Crayon AB (bolaget) yrkar, efter justering av sin talan, att kammarrätten ogiltigförklarar det avtal Trafikverket tecknat den 1 mars 2016 med Atea Sverige AB. Till stöd för sin talan anför bolaget följande.

Bolaget överklagade den 29 februari 2016 förvaltningsrättens dom, dvs. innan avtalsspärren löpte ut, samt framställde ett interimistiskt yrkande. Avtalet tecknades den 1 mars 2016 innan kammarrätten hade hunnit fatta något interimistiskt beslut.

Förfrågningsunderlaget brister i tydlighet. Trafikverkets utvärderingsmodell bygger på att anbudsgivaren erbjuder påslag på priset. Enligt det avtalsutkast som bifogas upphandlingsunderlaget avsågs med priset listpris. Trafikverket känner inte till anbudsgivarens listpris och om Trafikverket skulle känna till anbudsgivarens listpris, kan anbudsgivaren alltid ändra sitt listpris. Utvärderingsmodellen kan därmed omöjligen användas för att räkna ut det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Om inte listpris ska användas är det otydligt vilket pris som utvärderingsmodellen hänför sig till. Licensgivare tillämnar inte listpris i alla fall utan ”rekommenderade slutkundspriser”. I övrigt hänvisas till vad som anförts i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

Enligt 16 kap. 13 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska ett avtal förklaras ogiltigt om det slutits i strid med bl.a. tiodagarsfristen i 16 kap. 10 § samma lag. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller

någon annan bestämmelse i nämnda lag överträtts och att detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Kammarrätten gör följande bedömning.

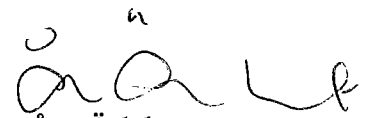
Av handlingarna i målet framgår att den upphandlande myndigheten tecknat avtal med vinnande anbudsgivare den 1 mars 2016, samma dag som överklagandet inkom till kammarrätten. När en förlängd avtalsspärr gäller får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Förvaltningsrätten avgjorde målet den 19 februari 2016. Tiodagarsfristen började löpa dagen efter förvaltningsrättens dom, dvs. den 20 februari 2016 och löpte ut måndagen den 29 februari 2016. Då avtalet tecknades dagen efter, dvs. tisdagen den 1 mars 2016, har det inte ingåtts i strid med tiodagarsfristen i 16 kap. 13 § andra stycket LOU. Det saknas därmed grundläggande förutsättningar för att förklara avtalet ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande

Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent



Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Förvaltningsrättsnotarien
Veronica Eriksson

DOM
2016-02-19
Meddelad i
Falun

Mål nr
47-16

SÖKANDE

Crayon AB, 556635-9799

Ombud: Advokat Mats Hansson
IT-Advokaterna i Sverige KB
Katarinavägen 20
116 45 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling av ramavtal avseende en licenspartner, Licensförsörjning (TRV2015/29300). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Beslut om tilldelning meddelades den 29 december 2015, varvid Atea Sverige AB (Atea) hade den lägsta jämförelsesumman och ansågs därför ha det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Därefter kom Dustin Sverige AB (Dustin) och sedan Crayon AB (Crayon).

YRKANDE M.M.

Crayon har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen inte får slutföras innan rättelse gjorts av Ateas och Dustins bud och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Trafikverket har brutit mot LOU, bl.a. genom att acceptera bud som strider mot avropsförfrågan, underlåta att säkerställa att innehållet i avgivna bud är korrekta samt underlåtit att ange avtalsspärrens längd i enlighet med avropsförfrågan. Anbudsförfrågan uppställer flera krav på att anbud ska ange "påslag" samt att varje pris ska överstiga noll kr. Atea och Dustins anbud anger dock "rabatter" som är under noll kr och uppfyller således inte anbudsförfrågans krav. Om anbudsförfrågan inte kan anses förbjuda rabatter och priser under noll kr, anses denna vara så otydligt formulerad att det inte varit möjligt för anbudsgivarna att tolka anbudsförfrågan på ett enhetligt sätt. Trafikverket har vidare underlåtit att ställa frågor till Atea och Dustin om deras förmåga att uppfylla alla åtaganden avseende "Övriga programprodukter" i Pris och produktbilagan. Trafikverket borde inte acceptera bud som synes innebära att anbudsgivaren gör mångmiljonförlust utan att begära en förklaring för detta. Trafikverkets agerande har medfört skada, eller i vart fall risk för skada, genom att Crayon

inte fått tillfälle att delta i upphandlingen på lika villkor som andra anbudsgivare samt att annan anbudsgivare tilldelats kontrakt.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget uppfyller de krav som ställs i LOU och de grundläggande principerna som gäller för upphandling. Utvärdering har gjorts i enlighet med förfrågningsunderlaget och anbudet uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Trafikverkets underrättelse om tilldelning uppfyller de krav som ställs i LOU. Bolaget har inte visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Crayon anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Crayon lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

När anbudsgivaren, som i förevarande fall, gör gällande flera alternativa skäl för ingripande enligt LOU, bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål nr 1225-12). Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till frågan om det

finns skäl att ingripa till följd av brister i förfrågningsunderlaget innan bedömning görs i fråga om övriga anbudsgivares agerande borde påkalla rättelse av dessas bud e.d.

Brister i förfrågningsunderlaget

Crayon har anfört att anbudsfrågan brister i tydlighet på ett sådant sätt att Crayon inte haft möjlighet att konkurrera på lika villkor med övriga anbudsgivare och att Trafikverket därför ska åläggas att göra om upphandlingen. Crayon har i skrivelse bl.a. uppgett att följande. Branschstandard vid licensförsörjning är att anbudsgivaren anger "påslag" på förhandlat "inköpspris" eller "rabatt" på "licensgivarens listpris". Trafikverket har efterfrågat ett "påslag" och Crayon har mot denna bakgrund erbjudit Trafikverket ett påslag på sitt inköpspris. Trafikverket har i yttrande sedan uppgett att påslaget avser vilket pris anbudsgivaren kan erbjuda Trafikverket i jämförelse med det listpris som varje tillverkare har för respektive produkt. Detta framgår inte av anbudsfrågans utvärderingsmodell. Om likväl en "rabatt" som ett "påslag" kan godtas medför det uppenbarligen väsensskilda förutsättningar för hur anbudet kan utformas.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (se RÅ 2002 ref. 50). Crayon har anfört att det av förfrågningsunderlaget inte går att utläsa att efterfrågat påslag avser ett pris som kan erbjudas Trafikverket i jämförelse med ett listpris, eller vilket listpris som i så fall avses. Av handlingarna i målet framgår att anbudsgivarna ska fylla i en pris- och produktbilaga. I bilagan anges ett antal tillverkare och produkter samt hur Trafikverket uppskattat dessas köpsvolym per år. Anbudsgivarna förväntas sedan fylla i "erbjudet påslag per tillverkare" i procent samt en summa i kronor för respektive produkt. Av § 6 i Ramavtalet anges att ersättning för licensförsörjningen utgår med procentpåslag på listpris, i enlighet med bilaga 3.4 Pris- och produktbilaga. Förvaltningsrätten bedömer att de uppgifter som framgår av förfrågningsun-

derlaget om hur priser ska anges och hur utvärdering ska ske, får anses vara tydligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Crayon har mot denna bakgrund inte visat att Trafikverkets förfrågningsunderlag inte uppnår en godtagar nivå av tydlighet och transparens.

Avtalsspärren

Crayon har uppgett att Trafikverket har underlåtit att ange avtalsspärrens längd i enlighet med avropsförfrågan. Av AUB.55 i Administrativa föreskrifter anges att avtalsspärren kommer framgå av meddelandet om tilldelningsbeslut. Av utredningen i målet framgår att Trafikverket, i samband med tilldelningsmeddelandet, skriftligen underrättat anbudsgivarna om spärrtiden. Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att Trafikverket inte har agerat i strid med 9 kap. 9 § LOU.

Anbud i strid med förfrågningsunderlaget

Crayon har gjort gällande att Ateas och Dustins anbud strider mot vissa i anbudsförfrågan uppställda krav. Crayon har uppgett att Trafikverket har accepterat att Atea och Dustin har angivit "rabatter" istället för "påslag" i den obligatoriska pris- och produktbilagan. Eftersom Atea och Dustin i sina anbud angivit priser som är lägre än noll kr, det vill säga rabatter, bryter anbuden mot anbudsförfrågan (jfr AUB 31 st. 2) enligt Crayon. Trafikverket har härvid bl.a. anfört följande. Vilket påslag en leverantör kan erbjuda är individuellt men det är väl känt i branschen att vissa leverantörer även kan erbjuda rabatter. En rabatt i relation till ett listpris är inte lika med ett pris som understiger noll kr.

Förvaltningsrätten bedömer i likhet med Trafikverket att det får anses vara tydligt för en anbudsgivare, som har erforderlig kunskap inom branschen, att ett påslag kan innebära såväl högre som lägre pris i förhållande till listpriset. Att påslaget är hänförligt till listpris framgår, som anges ovan, av § 6 i Ramavtalet. I Administrativa föreskrifter AUB.54 punkten 2 anges vidare att "*Negativa jämförelsetal kan förekomma*". Det får mot denna bakgrund

anses klarlagt att jämförelsesumman förutsatts kunna bli negativ givet hur prisbilagan utformats. Förvaltningsrätten finner vid angivna förhållanden att Crayon inte visat att de bud som Atea och Dustin lämnat står i strid med de uppgifter som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Onormalt lågt pris

Crayon har gjort gällande att det torde vara uppenbart att Atea och Dustin lämnat taktiska bud i syfte att få en gynnsam jämförelseprocent, varför det är svårt att avgöra om deras bud är de mest ekonomiskt fördelaktiga. Vidare ifrågasätts att Trafikverket accepterat Atea och Dustins låga bud utan att kräva en förklaring. Trafikverket har härvid anfört att Atea och Dustins anbud inte utgör negativa prissättningar samt att det inte heller i övrigt har funnit skäl att anse prissättningen som onormalt låg.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar får förkasta ett anbud om det finner att priset är onormalt lågt (jfr 12-kap 3 § LOU). Bestämmelsen medför dock inte en skyldighet för myndigheten att förkasta budet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 28 januari 2016, mål nr 6159-14 och 6160-14). Förvaltningsrätten finner således inte att Trafikverkets underlåtenhet att begära en förklaring till Atea och Dustins bud inneburit brott mot LOU eller någon av lagstiftningens principer.

Säkerställande av buds korrekthet

Enligt kravspecifikationen punkt 1.11. ska anbudsgivaren kunna tillhandahålla minst 50 procent av "Övriga produkter" i Pris- och produktbilagan. Atea och Dustin har angivit att de kan förmedla 100 procent av de Övriga produkterna. Crayon har gjort gällande att detta inte är möjligt och anför följande. Crayon har, innan anbud lämnades, varit i kontakt med tillverkare av aktuella programprodukter och kunnat konstatera att vissa tillverkare vägrar förmedla licenser för återförsäljning, att vissa inte licenserar sina produkter enskilt samt att vissa programprodukter inte längre licenseras.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Crayon har således angivit ett lägre mervärde än Atea och Dustin. Crayon har påtalat detta för Trafikverket, som inte har vidtagit nödvändiga och skäliga åtgärder. Atea och Dustin har därför fått en otillbörlig fördel i upphandlingen i strid med LOU:s krav på likabehandling.

Den upphandlande myndigheten förväntas, i vissa fall, undersöka påstådda brister i anbud. Det krävs i så fall att uppgiftens karaktär medför skäl för myndigheten att misstänka att uppgiften inte är korrekt. Trafikverket har anfört att de erfarenhetsmässigt vet att aktuella produkter kunnat levereras inom befintligt ramavtal, varför skäl att misstänka brister efter Crayons påtalande inte har funnits. Vidare har angivits att något krav på att anbudsgivaren måste vara återförsäljare av produkten inte ställts samt att Trafikverket har ett behov av att köpa support och underhåll för vissa befintliga programvaror även om tillverkare har slutat att sälja licenser och vidareutveckla programvaran. Av kravspecifikationen framgår att syftet med upphandlingen bl.a. är att skriva kontrakt med en licenspartner som kan köpa in flertalet av myndighetens programvaror och tillhörande licenser. Behovet uppges inte kunna förutses med exakthet för hela avtalstiden och leveransavtalets utbud kan behöva justeras efter hand.

Förvaltningsrätten finner vid angivna förhållanden inte skäl att ifrågasätta att Trafikverket inte vidtagit åtgärder för att kontrollera korrektheten i de uppgifter som Atea och Dustin lämnat. Förvaltningsrätten har vidare ovan konstaterat att förfrågningsunderlaget inte brister i tydlighet och transparens samt att några bud i strid med de krav som anges i förfrågningsunderlaget inte har förekommit. Med hänsyn taget härtill kan Crayon inte, till följd av brott mot LOU eller lagens principer, anses ha riskerat att lida skada oavsett storleken av Atea och Dustins mervärden. Ansökan ska således avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1C LOU).


Eva Karlsson Helghe
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.